

O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66/2010

Daniela da Silva Baldin¹
Éllen Cássia Giacomini Casali²

RESUMO

O presente trabalho visa a explicar sobre a Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, conhecida como “PEC do Divórcio”. Este tema merece atenção especial, devido ao fato de dar nova redação ao artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, gerando uma profunda alteração nos costumes e quebrando barreiras históricas no nosso Direito de Família brasileiro. O objetivo da pesquisa é demonstrar que, a partir da promulgação de tal Emenda, houve a extinção da separação judicial que impedia os cônjuges de dissolverem o vínculo matrimonial. Aplicando as regras hermenêuticas, é possível averiguar que desapareceu a figura da separação judicial de todo o complexo sistemático jurídico.

Palavras-chave: Direito de família. Emenda constitucional. Divórcio. Separação judicial. Princípio da intervenção mínima.

¹ Discente do 8º período do Curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga.

² Docente do Curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga.

INTRODUÇÃO

Através do método indutivo, por pesquisas bibliográficas, constatou-se que a Emenda Constitucional nº 66/2010 foi promulgada de acordo com a realidade social contemporânea. E, apesar da grande repressão religiosa, não há mais que se falar em separação judicial, esta que impedia o livre-arbítrio dos cônjuges para decidirem se divorciar e dissolver o vínculo matrimonial. Apesar de muitos considerarem que a separação judicial ainda prevalece, por ser regida por normas infraconstitucionais, devemos nos direcionar para o princípio da intervenção mínima, que nos leva a refletir sobre o limite da intervenção do Estado nas relações humanas.

1 A INCLINAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

A figura da família existe em qualquer sociedade conhecida. Ela é sinônimo de afeto e segurança, pois é lá que o ser humano nasce, cresce, aprende a conviver com outros indivíduos, aprende o significado de amor e carinho. É na família que o homem busca refúgio e alento.

No Brasil, desde sempre, sendo um país eminentemente de religião católica, como consequência principal da colonização lusa, em suas leis mais remotas - com origem no direito canônico - havia a previsão do casamento na sua forma religiosa, sendo somente essa a família legalmente aceita no país. Já em nossa sociedade contemporânea, verifica-se, por força da globalização e da liberdade de expressão disseminada no planeta, que as religiões se tornaram das mais diversas, e a nossa cultura foi modificada em sua raiz. Dessa forma, conseqüentemente, além de muitos outros institutos, o do casamento também foi afetado. Abriu-se maior margem para aceitar novos conceitos para uniões com o ânimo de constituir família. Na mesma linha de raciocínio, o casamento, que era considerado um sacramento para a Igreja Católica, foi perdendo espaço para outras ideologias, gerando novos fundamentos para a possibilidade de se dissolver esse ato fictício. E o legislador, ao perceber que tais mudanças estavam realmente modificando a

estrutura familiar e, baseando-se, principalmente, no sentido laico do Estado, surgiu, enraizada nessa modificação cultural, a Emenda Constitucional n. 66/2010, alterando drasticamente posições até então majoritárias de cunho religioso, que impunham a política para aferir seus desejos, ao invés de priorizar e privilegiar a dignidade da pessoa humana.

O Estado, com o intuito de proteger a família, - instituto que é sua base, modelo de organização social – o fez amplamente ao codificar diversos dispositivos a respeito, tanto na Magna Carta quanto no Código Civil, devido à sua importância e efeitos perante a sociedade, esta que representa a própria vida humana.

Para argumentar:

[...] a família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social, estando a merecer, por isso, a proteção especial do Estado, como proclama o art. 226 da Constituição Federal, que a ela se refere como 'base da sociedade'. É natural, pois, que aquele queira protegê-la e fortalecê-la, estabelecendo normas de ordem pública, que não podem ser revogadas pela vontade dos particulares [...]. (GONÇALVES, 2011, v.6, p. 25).

Daí o caráter público desse instituto. Muito embora o direito de família seja amplamente classificado como um direito privado - por tutelar relações jurídicas entre particulares – na verdade, é classificado como *sui generis*, decorrendo, para os envolvidos nessa relação jurídica, direitos e, principalmente, deveres (normas cogentes).

O casamento existe, inclusive, antes até do direito propriamente dito. Ele é considerado como instituição mista, pois tal ato jurídico só se realiza por livre vontade das partes, gerando um contrato: um conjunto de direitos e deveres impostos pela Constituição Federal e Código Civil. Daí o caráter misto – por um lado, a livre disposição das partes, mas, por outro, ao aderi-lo, este será regido por normas impostas pelo Estado - devido à importância do instituto ser para a nossa sociedade, sendo a base dela.

Fachin (1999, p. 37) analisa a família como um: “[...] fenômeno social, histórico ou político, e ingressa no mundo do Direito por uma certa ‘redescoberta’ dessas regras pelo legislador, pela jurisprudência e pela doutrina.”

Visa-se, na era contemporânea, a busca pela felicidade, conceito amplamente subjetivo, mas que praticamente qualquer ser humano compreende. E é justamente isso que as famílias da atualidade almejam. As pessoas se unem para viver conjuntamente priorizando harmonia de vida, paz de espírito, afetividade. Nessa sociedade cada vez mais individualizada, muitos procuram justamente o oposto: o afeto, o companheirismo, um local onde chamar de sua casa, seu lar.

Já dizia Fachin (1999, p. 35): “[...] vira o século e vêm novas décadas, outros valores, a exemplo da *affectio maritalis*. Valor socioafetivo que funda uma sociedade conjugal, matrimonializada ou não.”

Dentre os princípios do Direito de Família, destaca-se o *princípio da comunhão plena de vida*, estabelecido no artigo 1.511 do Código Civil. Este faz prevalecer que a afetividade é a principal característica da convivência familiar, e não os elementos meramente formais, morais ou econômicos. De tal forma que o objetivo da constituição da família nos dias de hoje é o companheirismo, o apoio moral, econômico e espiritual, buscando, assim, principalmente, a felicidade. Segundo Gonçalves (2011, v.6, p. 24), a real intenção do legislador ao prelecionar tal norma é a humanização do conceito de unidade familiar.

Assim, verifica-se que o instituto do casamento vem perdendo espaço para outros institutos com o intuito de constituir família, perdendo, também, o caráter sacramental do mesmo e, assim, a força que ele tinha de ser indissolúvel, abrindo margem para a modificação desse direito.

Não devemos esquecer que os fatos geram o direito. E, se a sociedade evolui, há a necessidade da evolução do direito, pois só assim é possível acompanhar as evoluções dos direitos e deveres nascidos dessas relações jurídicas.

De acordo com Gonçalves (2011, v.6, p. 21), o Código Civil de 2002 procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, visando preservar a ligação moral, familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais acordado à realidade social atual.

Gonçalves acrescenta que “nessa linha, a dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio tende a ser uma consequência de extinção da *affectio*, e não da culpa de qualquer dos cônjuges”. (2011, v.6, p. 24).

Dessa forma, a ausência da afetividade é sinônimo de término do vínculo matrimonial.

1.1 A inclinação do divórcio no direito de família brasileiro

As causas terminativas de sociedade conjugal estão especificadas no art. 1.571 do Código Civil: morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial e divórcio. Acrescenta o §1º do dispositivo em apreço que tem aplicação, ainda, a presunção estabelecida no aludido Código quanto ao ausente.

A separação judicial, embora colocasse termo à sociedade conjugal, mantinha intacto o vínculo matrimonial, impedindo os cônjuges de contrair novas núpcias. Pode-se, no entanto, afirmar que representava a abertura do caminho à sua dissolução.

De modo geral, pois, somente a morte real ou a presumida do ausente nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva, a nulidade ou a anulação do casamento e o divórcio autorizam os ex-cônjuges a contrair novo matrimônio.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, extinguiu-se, por definitivo, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Em seu parágrafo 6º, artigo 226, versa a Constituição Federal: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. (BRASIL, 2011).

Assim, dá-se a entender que a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial desaparecem com o divórcio.

Apesar disso, há pensamentos divergentes. Por se tratar de um assunto extremamente polêmico, as ideias naturalmente tendem a pender para todas as possibilidades. No assunto em comento, surge a reflexão de que, devido ao fato da separação judicial estar contida em normas infraconstitucionais (entre elas o Código Civil e a Lei nº. 6.515/77), ela ainda não desapareceu, mesmo com a Emenda Constitucional em apreço. Vejamos o que Santos dispõe a respeito do assunto:

Atente-se que qualquer norma será formalmente constitucional pelo só fato de constar na Constituição Federal. Porém, nem todas as normas formalmente constitucionais são também materialmente constitucionais. Os dispositivos apenas formalmente constitucionais são denominados por alguns autores de lei constitucional. São regras que, por sua natureza, não precisariam constar da Constituição, mas lá são colocadas por razões de simples conveniência política. É como se fosse uma lei inserida no corpo da Constituição. Uma lei travestida de Constituição. Nossa Carta Magna é notoriamente pródiga em normas constitucionais em sentido apenas formal. Os exemplos são até dispensáveis e não caberiam em um texto resumido como este. (2011).

Dessa forma, dá-se a entender que ainda persiste a figura da separação judicial. Nesse ponto de vista, surge a necessidade dos Tribunais concederem seus pareceres, para então ser possível um melhor estudo crítico sobre o problema.

Mesmo assim, devemos analisar a finalidade da emenda. Ela foi promulgada com o intuito de extinguir de uma vez por todas a separação judicial, figura jurídica já defasada no nosso ordenamento jurídico.

O complexo de direitos e deveres que a sociedade conjugal impunha, com a nova emenda, deixa de existir. Além disso, ao se dissolver o casamento pelo divórcio, o vínculo matrimonial não perdura, pois os cônjuges deixam de ter o status de casados.

Dessa forma, ao eliminar da Constituição Federal a única referência relativa à separação judicial, verifica-se que não há mais finalidade de se manter a separação judicial, pois esta não pode mais ser convertida em divórcio.

Ademais, pela interpretação lógica ou racional do referido artigo, a única exigência plausível para a ação de divórcio é o estado civil de casado.

Gonçalves, para argumentar:

[...] na interpretação lógica ou racional, o intérprete procura extrair as várias interpretações possíveis, eliminando as que possam parecer absurdas e que levem a um resultado contraditório em relação a outros preceitos. Nessa consonância, impõe-se a conclusão de que a separação de direito, judicial ou

extrajudicial, foi suprimida do ordenamento jurídico pela referida emenda constitucional (2011, v.6, p. 207).

Não resta dúvida de que tal modificação trouxe mais vantagens do que desvantagens para o saber jurídico. É de se notar que a separação persistiu no nosso ordenamento jurídico pela pressão religiosa, esta que exercia na nossa sociedade. Porém, os aplicadores do direito não devem se atrelar a questões de cunho eminentemente religiosos, pois há a necessidade de se analisar a simplificação, a descomplicação do divórcio no Brasil, pelo princípio da intervenção mínima.

Com a separação judicial:

[...] dissolve-se, tão somente, a sociedade conjugal, ou seja, põe-se fim a determinados deveres decorrentes do casamento, como o de coabitação e o de fidelidade recíproca, facultando-se também, em seu bojo, realizar-se a partilha patrimonial. (GAGLIANO, 2011).

Assim, percebe-se que o divórcio é infinitamente mais vantajoso de que a simples separação.

Não há mais a necessidade e o empecilho de alegar culpa a uma das partes, constringendo o relacionamento íntimo dos cônjuges, pois não atende aos fins sociais nem ao bem comum, comprometendo a boa administração da justiça e a paz social.

Ademais, os únicos pontos de litígios que realmente mereceriam ser discutidos seriam: a guarda e proteção dos filhos menores, os alimentos que sejam devidos, a continuidade ou não do nome de casado e partilha dos bens em comum.

Como ensina Gagliano (2010): “Pois sem amor e felicidade não há porque se manter um casamento”.

Em um estudo crítico, podemos compreender “[...] não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”. (MICHEL, 1975, p. 131-132, *apud* FACHIN, 1999, p. 290-291).

Além disso: “[...] O ato de casar e o de não permanecer casado constituem, por certo, o verso e o reverso da mesma moeda: a liberdade de

autodeterminação afetiva” (CHAVES; ROSENVALD, 2009, p. 277, *apud* GAGLIANO, 2010).

Verifica-se, assim, que a liberdade principiológica constitucionalizada é fator inerente à contemporaneidade do Direito de Família. Assim, manter o vínculo conjugal nessa sociedade altamente liberalista e relativista não tem sentido algum. O que vale é a projeção que o indivíduo almeja de ser feliz. E nada mais.

Não é dever de o Estado impor condições ou regras para o fim do casamento, pois cabe apenas aos cônjuges tomar tal decisão. Por isso que a nova Emenda foi tão bem receptiva, ela retira o caráter burocrático ao fim do vínculo matrimonial.

Para concretizar, Gagliano:

[...] com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés psicológico, evita-se a duplicidade de processos – e o *strepitus fori* -, porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é salutar, pois, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos. (2010).

E para finalizar, Fachin “na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma ‘comunidade de sangue’ e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma ‘comunidade de afeto’. Novos modos de definir o próprio Direito de Família”. (1999, p. 305).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não resta dúvida de que a afetividade é o primeiro norteador do Direito de Família. É notável que o Direito necessite acompanhar a realidade sociológica, para que ele não se torne defasado e sua finalidade fique desvirtuada. Assim, a Emenda Constitucional nº. 66/2010 é plausível de apreciação, pois o princípio da intervenção mínima clamava por atenção.

Assim, não é mais dever do Estado ficar atrelado a questões que não se justificam, impedindo o desenrolar de vidas humanas. Não há lógica manter um casamento se não é da vontade das partes.

O Brasil necessita de um desafogamento no sistema judiciário, e este, sim, deve se preocupar com questões que impedem a paz social. Ao se divorciarem, não há litígio se ambos os cônjuges decidem terminar com a instituição.

Portanto, a extinção da figura da separação judicial é o fim mais viável que o Direito de Família poderia tomar. Agora é a hora de preocupar com questões que realmente precisam ser enfrentadas: a separação de bens, por exemplo. A culpa, não. Dessa forma, onde não há mais comunhão plena de vida, não há mais vínculo matrimonial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao §6º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: Acesso em 26/05/2011.

FACHIN, L. E. **Curso de direito civil: elementos críticos do direito de família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GAGLIANO, P. S. A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões. **IBDFAM** – Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Belo Horizonte, n. 16, p. 5-19, jun./jul. 2010.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, L. F. B. Emenda do divórcio: cedo para comemorar. **IBDFAM** – Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Belo Horizonte, jul. 2010. Disponível em: Acesso em 26/05/2011.